

Uma das maiores mazelas enfrentadas pelo Judiciário frente à população, é que as pessoas acham que demoramos muito para decidir e não temos, muitas vezes, segurança no que fazemos, porque um decide de um jeito, mas o outro colega, do lado, decide de outro. E isso causa nas pessoas uma insegurança muito grande.

Para evitar esse tipo de coisa é que fizemos o julgamento coletivo. Nós nos reunimos, definimos a tese jurídica, estudamos a matéria, cada qual no seu gabinete, e depois pacificamos a tese se todos concordarem depois de elucidadas as dúvidas registradas na sentença, todos a assinam. O julgamento se dá coletivamente, inclusive com a participação de advogados, com a participação de partes, para que elas vejam como isso funciona. Até com a participação da imprensa que é sempre bem-vinda. Depois, isso será divulgado até nas informações que a Justiça Federal presta.

Esse procedimento teve uma eficácia enorme, porque conseguimos evitar que um número de ações fosse tão grande, que já se encaminhava para ser alarmante, por dizer respeito ao PIS/Pasep. Foram duas mil ações propostas num dia, a quinta-feira anterior ao julgamento. Na sexta-feira, nós decidimos a mesma matéria em relação a outros processos julgados anteriormente.

E nossa realidade foi de um universo de duas mil causas ajuizadas no dia anterior, e, na segunda-feira seguinte, tivemos vinte ou quarenta ações ajuizadas. Então, já houve reflexos positivos do ponto de vista da solução dos problemas.

Quem quiser propor, proponha, mas terá essa decisão, pelo menos na primeira instância. E aqueles que já tiveram os processos julgados serão encaminhados para a Turma Recursal. Eles terão de contratar um advogado, terão de pagar as custas processuais e fazer o processo subir.

Desse forma, conseguimos que as matérias sejam levadas para julgamento das Turmas e dos Tribunais com uma agilidade bem maior.

Artigos Doutrinários

Estado de Direito e Fundamentabilidade dos Direitos Humanos nos Paradigmas Liberal, Social e Democrático

Carlos Alberto Simões de Tomaz*

* Juiz federal e professor em Belo Horizonte. Pós-graduado em Direito Público pela PUC/MG. Mestrando em Direito das Relações Internacionais no UniCeub/DF.

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 17, n. 6, jun. 2005

1. Introdução

O destaque da agenda do terceiro milênio encontra-se, sem dúvida, na problemática dos direitos humanos. A preocupação com a fundamentabilidade dos direitos humanos, concebidos como normas de natureza supraconstitucional, vinculadas à essencialidade de uma vida digna, tem fervilhado as relações internacionais.

Nesse passo, não faltam trabalhos acadêmicos voltados para o assunto, sobretudo, entre nós, após a promulgação da Constituição de 1988, em face dos preceitos vazados nos §§ 1º e 2º do art. 5º.

Nesta monografia, busca-se enfrentar a evolução dos direitos humanos nos paradigmas do Estado de Direito liberal, social e democrático, concentrando-se a atenção na sua fundamentabilidade no Estado de Direito democrático, quando os direitos humanos, sem abandonar os pressupostos consagrados pelo Estado liberal e pelo Estado social, voltam-se para uma dimensão maior e mais completa da personalidade humana plasmada numa vida fraterna, onde o direito à felicidade pressupõe como condições essenciais para a vida humana o engajamento no processo de desenvolvimento, a paz e a própria democracia, como direitos titulados de terceira geração.

A análise, neste ponto, voltar-se-á para divisar meios para se imprimir fundamentabilidade aos direitos humanos num Estado democrático. Como pressuposto filosófico ao declarado escopo, será deduzida a teoria da *alopoiese* jurídica, de modo a ensejar a compreensão do direito como um sistema aberto, a fim de se divisar essa fundamentabilidade numa Constituição aberta, como a do Estado brasileiro, em decorrência dos referidos dispositivos. Para tanto, crítica científica à jurisprudência da Suprema Corte será também realizada em reforço às conclusões que se pretende adotar.

2. A compreensão da expressão “Estado de Direito” em sentido formal e material. Todo Estado é “Estado de Direito”. “Alguns Estados não são “Estado de Direito”

Às vezes, determinados temas em Direito são focos de acirrados debates e nem sempre se consegue extrair deles um sentido preciso. Na maioria das vezes, a falta de rigor científico leva a conclusões precipitadas, e por que não dizer obsoletas, sobretudo quando se trata de questões essencialmente políticas como “Estado de Direito”.

Quando forjada pela doutrina alemã, a expressão *Rechtsstaat* (Estado de Direito) queria significar “Um Estado de garantias jurídicas e de respeito às liberdades constitucionais do homem e do cidadão” (Ferreira P., 1975, p. 101).

Percebe-se, pois, desde a sua origem, a base ideológica em que se encontrava mergulhada a expressão que revelava a nova estrutura estatal oitocentista oriunda do liberalismo, rompendo com os modelos monárquicos absolutistas.

Entre nós, a discussão assumiu grande relevância quando, no final da década de 70 e início dos anos 80, a sociedade brasileira começava a livrar-se das garras da ditadura militar, defendendo-se a anistia daqueles banidos por ostentarem postura contra o sistema e bradando por eleição direta para presidente da República. Naquela época, o Estado brasileiro vivia sob o pálio do bipartidarismo. Com efeito, a manifestação da vontade política encontrava-se vazada pelos sectários da Aliança Renovadora Nacional – Arena, ou pela militância do Movimento Democrático Nacional – MDB, que se opunha ao governo militar sustentado por aquela.

Naquele cenário, qualquer político vinculado à Arena não hesitava em afirmar que o Brasil se constituía em um Estado de Direito, ao passo que se a pergunta fosse dirigida a um militante do MDB, a resposta, sem dúvida, seria negativa. Isso porque entendiam os partidários do MDB que não bastava a existência de uma ordem jurídica capitaneada por uma Constituição para assegurar a existência de um Estado de Direito, sobretudo quando os direitos humanos eram violados, e o Estado não assumia sua responsabilidade social.

Com efeito, parece, numa primeira abordagem, que tanto os sectários da Arena quanto do MDB encontravam-se com razão. É que ambos empreendiam análise do tema sob vertentes distintas.

O Estado pressupõe ordem. É preciso que reine a ordem para que seja possível a realização de todos os outros valores, chegando-se, assim, à justiça como valor exclusivamente fundado. A esse declarado escopo, o Direito se avulta como o principal meio para ordenar a vida social. É dizer, em outras palavras, que há ordem quando as condutas se encontram normativamente definidas ou modeladas deonticamente por uma proibição, uma obrigação ou uma faculdade. Encontrando-se as condutas definidas, decorre que a ordem se volta para garantir as condições de subsistência e como corolário tem-se a instalação de condições de segurança e de certeza das relações intersubjetivas.

Decorre desta análise que todo Estado é ordem. Ordem porque disciplina condutas por meio de normas jurídicas que, em conjunto, formam uma só ordem unitária que, segundo Kelsen (1992, p. 184) se identifica com o próprio Estado: “O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica”. Nessa linha, se todo Estado é ordem jurídica, e esta ordem jurídica traz em seu bojo o conjunto de todas as normas disciplinadoras de condutas, que nada mais é do que o próprio Direito positivo, concluiu Kelsen (1979, p. 424) que “.... o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito”.

Sob este enfoque, a expressão “Estado de Direito” é tautológica, já que todo Estado, conquanto ordem jurídica, fica formalmente reduzido ao seu próprio Direito positivo.

Nesse sentido, enfrentada a questão apenas sob o prisma formal, avulta-se inteiramente apropriada a lição de Pedrosa (1978, p. 11), quando registra que “as monarquias absolutistas do começo da idade moderna e as atuais Repúblicas autocráticas são Estados no mesmo sentido em que são as mais aprimoradas democracias representativas, isto é, são ordens coercitivas. São, se preferir usar a expressão já agora carente de sentido, Estado de Direito”.

Na verdade, o que transforma uma sociedade em Estado é a existência de um ordenamento jurídico efetivo incidindo sobre a vida de um grupo de pessoas que habitam determinada região. Não se pode cogitar, sem dúvida, da existência de Estado sem Direito e, portanto, é correto afirmar, como faz Pedrosa (1978, p. 9), sob inspiração de Kelsen, que do ponto de vista formal “Todo Estado é Estado de Direito”.

Porém, toda ordem jurídica encontra-se inserida num contexto ideológico. As normas jurídicas não são imunes a valor. Contrariamente, uma conduta é permitida quando ela realiza um valor que o Direito faz questão de valorar, ela (conduta) se torna obrigatória se o valor que realiza é imprescindível para garantir a ordem, e, ainda, a conduta é proibida se realiza valor nocivo ao Direito. A eleição de valores volta-se para o alcance dos fins, dos objetivos eleitos pelo Estado, que podem, a grosso modo, ser sintetizados num ideal de justiça, que é exigência da política. E quando a análise se volta para o exame do conteúdo da ordem, a questão básica a saber é se a ordem é justa.

Libertar o conceito de Direito do conceito de Justiça é difícil, senão impossível, porque ambos estão imbricados e profundamente mergulhados no discurso político. Sob tal prisma, assevera Kelsen (1992, p. 13) que há mesmo uma confusão correspondente à “tendência ideológica de dar aparência de justiça ao Direito positivo”. Enfocada assim a questão sob o prisma material, a fim de enfrentar o conteúdo da ordem, haverá “Estado de Direito” quando a ordem for justa. Assim, dada uma ordem que realiza os valores A, B, C, D e E, sendo estes os valores indispensáveis para alcançar o ideal de justiça, estar-se-ia diante de um “Estado de Direito”. Se, por outro lado, uma ordem deixa de realizar um daqueles valores, deixaria de ser “Estado de Direito”. A conclusão é necessariamente que “Alguns Estados não são ‘Estado de Direito’”.

Atento para tais circunstâncias, Dworkin (2001, p. 6-7), ao enfrentar o tema assinala que:

.... Há, na verdade, duas concepções muito diferentes do Estado de
Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 17, n. 6, jun. 2005

Direito, cada qual com seus partidários. A primeira é a que chamarei de concepção “centrada no texto legal”. Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto das normas. A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que têm essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito.

Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção “centrada nos direitos”. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique.

Como se vê, se de um lado é certo que o ponto de partida para exame da questão encontra-se jungido a seu exame formal, por outro lado é mais certo ainda que o exame do conteúdo da ordem, onde estarão plasmados os valores que satisfaçam plenamente o ideal de justiça, revela o verdadeiro matiz que possuirá o condão de qualificar uma sociedade como autêntico Estado de Direito, onde os direitos inerentes à pessoa humana integrem o conteúdo material das normas jurídicas e restem estabelecidas regras para salvaguarda de sua permanência, proibição de supressão, além de mecanismos para assegurar sua eficácia social.

3. O Estado de Direito liberal, o Estado de Direito social e o Estado de Direito democrático: fundamentabilidade dos direitos humanos

O problema do respeito aos direitos humanos avulta-se a todo instante como um dos principais, senão o principal assunto da agenda do novo milênio. Para

o equacionamento da hodierna fundamentabilidade formal e material de tais direitos, impõe-se o exame do tratamento que lograram obter nos paradigmas dos Estados liberal, social até chegar no Estado democrático.

3.1. Os direitos humanos no paradigma do Estado de Direito liberal

Foi com profunda conotação política que o liberalismo concebeu o “Estado de Direito”. Haveria um valor sem o qual seria impossível alcançar a justiça: a liberdade. A liberdade para todos numa sociedade limitada pelo Direito.

Os ideais liberais, que surgiram para fazer frente ao poder absolutista das monarquias da Idade Média, continham, em sua essência, duas grandes idéias: – a primeira era a preocupação com a liberdade individual, que veio a engendrar toda uma política de lutas para se reconhecer os direitos do homem; à época, as preconizadas liberdades políticas, desde o direito deambulatório (a liberdade de ir e vir e de se deixar ficar) à liberdade de pensar e conseqüente liberdade de expressar o pensamento, passando pela liberdade de crença e de culto etc.

Era necessário, pois, reconhecer estes direitos frente aos abusos do poder absolutista dos monarcas medievais. Entretanto, para que fosse possível o exercício desses direitos por todos, era preciso limitar o poder do monarca; este não poderia mais concentrar todos os poderes e exercê-los de maneira absoluta, daí a segunda idéia, que era a desconcentração do poder. O poder concentrado em um único órgão (monarca ou rei) se identifica com o exercício despótico em detrimento das liberdades individuais. Era imprescindível a desconcentração do poder.

Dentro deste clima, surge a obra de Montesquieu – *De l'esprit des lois* preconizando a separação tripartida dos poderes. A Montesquieu deve-se, realmente, a divulgação da teoria da separação dos poderes. No entanto, convém lembrar que Locke, na obra *Tratado sobre o governo*, alude à matéria com base na prática inglesa. De fato, na Inglaterra, desde 1215, quando o baronato inglês impôs ao Rei João Sem Terra a observância dos preceitos da *Magna Carta*, ali, com efeito, já se divisa separação de poder. Enfrentando esta fundamentabilidade estamental aos direitos individuais, Canotilho (1992, p. 513) anota:

Mas a *Magna Carta*, embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já “aberturas” para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem. O seu vigor “irradiante” no sentido da individualização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada ao célebre art. 39, onde se preceituava que “Nenhum homem livre será exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”. Embora este preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais – os cidadãos *optimo jure* – acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de homem *livre* se tornou

extensivo a todos os ingleses.

Coube, porém, a Montesquieu o mérito da sistematização teórica e a sua divulgação no mundo político. Porém, a idéia da separação dos poderes remonta à antiguidade. Já mesmo em Aristóteles a idéia é encontrada como nos chama a atenção Jellinek (1973, p. 452): “a célebre teoria de Aristóteles sobre as três partes do poder, limita-se simplesmente a descrever os caracteres típicos dos Estados gregos daquela época, Senado, autoridades, Tribunal Popular, e as atividades que estes exercitam, deriva de uma divisão dos assuntos do Estado.”

No entanto, foi ao sabor do liberalismo que ela veio à tona com Montesquieu, que levou a teoria aos extremos. Enquanto na França o poder do soberano hipertrofiava-se em detrimento dos Estados gerais, na Inglaterra ocorria o contrário, o parlamentarismo inglês adquiria cada vez mais poderes em detrimento do poder real. Daí a preocupação de Montesquieu em separar os poderes e fixar-lhes a esfera de competência.

Assim, o poder deveria se apresentar desconcentrado em órgãos diferentes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. É o que se deduz da lição de Montesquieu: “Há em cada Estado três espécies de Poder: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito das gentes e o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamamos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamamos simplesmente ‘o poder executivo do Estado’.” (Montesquieu, 2003, p. 165-166)

A primeira Constituição a adotar o princípio da separação dos poderes foi a norte-americana de 1787. Também a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe em seu art. 16 : “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Depois, a Constituição Francesa de 1791 adotou o princípio que, a partir daí, tornou-se prática nas Constituições do mundo moderno.

Na verdade, o exercício despótico do poder é incompatível com a vivência da liberdade. Só com a divisão dos poderes, lembra Groppali (1953, p. 213), é que há uma “maior garantia da liberdade individual, fixadas de modo preciso as atribuições de cada um dos poderes, o cidadão é assegurado em sua liberdade, seja pela certeza do Direito que regula as relações sociais, seja pelo fato de tanto os órgãos do Poder Executivo quanto os do Poder Judiciário, privados da atividade legislativa no exercício de suas funções, serem contidos nos limites de normas pré-constituídas pelos órgãos do Poder Legislativo”.

Enfim, o exercício da liberdade exige condições de clareza e certeza. Somente a norma legislada poderia, ao definir as condutas, estabelecer estas condições. A legalidade surge como dado imprescindível.

Do chamado Estado liberal, não obstante proclamar tantas liberdades, tantos direitos, como se sabe, não se conseguiu o esperado. Com efeito, limitou-se apenas a reconhecer direitos – é certo, agora de forma expressa, pois o *ius nom scriptum*, inadequado, porque revela um direito contingente e circunstancial vinculado à vontade momentânea do monarca, cede espaço para o Direito escrito, que assume suas próprias conotações, como já se assentou, com o surgimento das primeiras Constituições escritas e, depois, com o fenômeno da codificação que se estenderia por todos os Estados europeus – porém proclamar direitos não significa assegurá-los.

O Estado liberal, na verdade, revela-se o que se convencionou denominar de “Estado policial”, porque apenas reconheceu, fazendo vazar em normas jurídicas, as chamadas liberdades públicas, não se preocupando em estabelecer meios para que os direitos reconhecidos fossem efetivados. Na verdade, quem antes era escravo nas civilizações da Antiguidade e tinha passado à condição de vassalo no sistema feudal agora é um mero súdito do rei, com direitos inerentes à sua condição humana reconhecidos, sem que, todavia, o Estado se ocupasse de efetivamente assegurá-los. Com isso, o Estado assumia uma atitude passiva, abstendo-se de prestações voltadas para imprimir eficácia aos direitos fundamentais. Enfim, quem já era livre continuava a ser, como igualmente quem não gozava de liberdade, não obstante agora a tivesse expressamente reconhecida, continuava na condição de aliado desse direito inerente à natureza humana.

A opção social veio para corrigir a falha e não desconsiderou os pressupostos filosóficos do Estado liberal. No entanto, consciente de que só é vivenciada a liberdade onde se estabeleçam condições de igualdade, acrescentou um novo dado a ser observado.

3.2. Os direitos humanos no paradigma do Estado de Direito social

Segundo Canotilho (1992, p. 519), pode-se afirmar que o jusnaturalismo é o pressuposto filosófico fundamental do Estado liberal, erigido sob três matizes: 1º) a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à vida e à liberdade, sob suas várias acepções (deambulatória, de crença etc); 2º) o respeito da parte do Estado por intermédio de limites pré-constituídos e estabelecidos em normas a tais direitos, o que conduzia a uma postura negativa do Estado diante deles, e que o referido autor denomina *abstinência estatal*; e 3º) a liberdade encarada como liberdade-defesa ou liberdade-autonomia em face do poder do monarca.

Com efeito, para o renomado constitucionalista português, a teoria social dos direitos fundamentais “ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a

abstinência estatal, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estatal é concebida não como um *limite*, mas como um *fim* do Estado.” (Canotilho, 1992, p. 519).

De fato, o Estado começou a perceber que a pretendida efetividade dos direitos fundamentais passava necessariamente por exigir dele prestações existenciais de caráter positivo. Em outras palavras e trocando em miúdos, o Estado precisava descruzar os braços e criar condições para que o fraco se tornasse forte perante o forte. Assim, sem se afastar do pressuposto filosófico do Estado liberal, a preocupação vai recair sobre a igualdade. A verdade é que a concepção social revela que somente a igualdade é capaz de proporcionar a vivência da liberdade.

Assim, a atuação do Estado voltada para imprimir condições visando a implementar a igualdade a fim de garantir a vivência da liberdade, passou a exigir intervenção de sua parte em áreas que antes se supunha de atuação exclusiva da atividade privada. O Estado, com efeito, intervém na propriedade para limitar o seu abuso e assegurar sua função social, intervém na saúde, na educação, por meio de prestações positivas, desviando, sem desconsiderar, mas exatamente ao escopo de bem equacionar, a atenção voltada para o binômio *liberdade x autoridade* para o binômio *trabalho x capital*. A bem da verdade, o problema do Estado, ontem, hoje, e, ousa-se afirmar, sempre, será bem equacionar estes dois binômios. Portanto, do Estado interventor exigem-se prestações positivas de caráter existencial ou deveres sociais nas áreas de habitação, trabalho, saúde, educação, cultura, lazer etc.

Enfim, quando sob o influxo das idéias marxistas concebeu-se, segundo lembra Canotilho (1992, p. 521), que “a criação de condições materiais possibilitadoras do livre ‘desabrochar’ dos direitos fundamentais exige ou pressupõe a apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia”, o Estado deixava de ser apenas um interventor para se tornar monopolizador, e deparando-se com a teoria socialista, onde além de se divisar uma minimização ou redução da dimensão subjetiva dos direitos humanos, viu-se diante de uma “tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais, econômicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas” (Canotilho, 1992, p. 521). É nesse sentido que se legitima na teoria socialista até mesmo a supressão de direitos para que se pudesse alcançar as condições de plenificação advindas do ideal socialista. E foi exatamente por isso, por olvidar o outro lado da balança, a liberdade que restou amesquinhada ou mesmo aniquilada em detrimento da hipertrofia da igualdade, que a opção socialista extrema não conseguiu seu desiderato.

3.3. Os direitos humanos no paradigma do Estado de Direito democrático

Impende primeiramente assentar que os pressupostos filosóficos do liberalismo e do Estado social foram encampados pelo Estado democrático. Não obstante,

a liberdade, agora, tem um novo sentido, não quer mais significar a liberdade-autonomia, porém uma liberdade participação. A preocupação não é mais o homem indivíduo, mas o homem-membro da sociedade. No dizer de Pedrosa (1978, p. 13) “O autêntico Estado de Direito não se pode satisfazer em fixar o modo de *como* deve ser exercido o poder; é igualmente decisivo estabelecer *quem* deve exercê-lo”.

Bobbio (2002, p. 30-31), buscando uma definição mínima de democracia, inspira-se em Kelsen para afirmar que

(....) o único modo de chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos (....)

Confira-se que este ponto de partida para enfrentar a teoria democrática também foi divisado por Dworkin (2001, p. 6) na passagem aqui já citada, quando afirma que “Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto das normas”.

Nesse quadro, exsurge no Estado democrático o princípio da legitimidade como essencial. Não basta a desconcentração do poder, é necessário que o seu exercício pelos órgãos competentes repouse no consentimento popular; não basta a proclamação solene dos direitos, é preciso cercar o indivíduo de garantias para preservar e evitar que estes direitos sejam sufocados pelo exercício da autoridade.

No entanto, a pugna existente no binômio “autoridade-liberdade” persiste e aí é que reside o âmago da questão, pois a intenção, quer no Estado liberal, quer no Estado social, quer no Estado de Direito democrático, sempre foi a de que “O Estado que faz e desfaz o Direito, esteja essencialmente limitado por ele”. (Salda-

nha, 1980, p. 9)

Nessa ordem, portanto, a idéia de Estado de Direito democrático sempre estará ligada a dois fatores: 1º) a limitação jurídica e legitimação do poder; 2º) a eficácia dos mecanismos garantidores dos direitos individuais. A bem da verdade, há de se notar que só a concepção democrática pode proporcionar a existência de tais pressupostos, daí porque se tem divisado redundância na expressão “Estado de Direito democrático”.

A propósito, vale conferir que a Constituição brasileira dispõe que a “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito...” Parte da doutrina tem chamado a atenção para que o Estado é que está sendo qualificado de democrático e não o Direito! A Constituição portuguesa adotou a fórmula inversa. De fato lê-se no art. 2º: “A República Portuguesa é um Estado de Direito democrático...”. Não se pode, a partir desta análise, extrair a ilação de que a Constituição brasileira se contenta com a existência de um Estado democrático onde ocorrem eleições gerais periodicamente com o comparecimento às urnas de um dos maiores colégios eleitorais do mundo, onde as regras do jogo estabelecem a consulta prebliscitária, referendo e a iniciativa popular das leis, sem falar que, a julgar exclusivamente pelo que está escrito na Constituição, o brasileiro e o estrangeiro residente no Brasil estariam entre aqueles a quem um Estado reconhece mais direitos e liberdades públicas. Sim, porque dificilmente a Constituição brasileira será superada em relação ao rol de direitos formalmente reconhecidos. É dizer, em outras palavras, do ponto de vista formal, há, sem dúvida, um Estado democrático de Direito.

Ocorre, todavia, que quando a análise se debruça sobre o conteúdo da ordem, a indagação se volta para perquirir se o Direito existente no Brasil é democrático. Significa precisamente investigar se o Direito brasileiro é expressão da vontade geral de modo a plenamente satisfazer o princípio da representatividade vazado no parágrafo único do art. 1º da Carta. É que, sob o manto da legalidade democrática, escondem-se em nossos dias verdadeiros regimes ditatoriais, a exemplo de Repúblicas autocráticas que, se sob a análise lógico-formal constituem Estado de Direito porquanto são ordens coercitivas, do ponto de vista material jamais o serão, posto que carecem do fundamento da legitimidade.

Neste sentido afirma Saldanha (1980, p. 26) que “o conceito de ‘Estado de Direito’ não se define por via meramente formal, isto é, pelo aspecto correspondente à legalidade, sendo necessária a presença de uma efetiva legitimidade que fundamente a ação estatal, bem como de valores jurídicos e sociais que realmente plenifiquem, na ordem política, a atuação dos poderes governamentais”.

Portanto, não é a existência de uma Constituição em que se estabeleça a

separação dos poderes, proclamem-se os direitos individuais e suas respectivas garantias, bem como a existência de um significativo número de leis que vão caracterizar o Estado democrático de Direito. De nada adiantará toda esta legalidade se, montada sobre ela, persiste o arbítrio político.

É verdade que todo Estado é ordem. Mas também é verdade que toda norma positiva deve trazer consigo um valor que visa à segurança e à certeza, e sendo o “arbítrio político incompatível com a segurança individual, pode-se dizer que o traço prático pelo qual se reconhece o Estado de Direito é o grau de garantia de que são cercados os indivíduos” (Correia, 1980, p. 7), donde se torna imprescindível a fiel consonância dos atos de qualquer autoridade à norma, bem assim, a existência, e digo mais, com plena eficácia, dos mecanismos garantidores dos direitos fundamentais.

Porém, o primado do Direito se torna inútil se as autoridades não agirem nos limites traçados pela norma, se extrapolarem estes limites e agirem elegendo os interesses próprios ou de grupos, em detrimento do interesse geral. No verdadeiro Estado de Direito, a lei, elemento disciplinador da liberdade, é expressão da justiça e faz vir à tona a vontade geral, daí porque o conflito entre a norma discutível em seu conteúdo, porém positiva, e um direito justo, mas não plasmado na forma de lei², minimiza-se o mais possível.

O conceito de representatividade sai do nevoeiro em que se encontra nas estruturas autocráticas e assume o seu real valor. E como se não bastasse o ato delegatório, as mais aprimoradas democracias são equipadas com mecanismos outros que vêm reforçar ainda mais aquele conceito, a exemplo das consultas populares, do *referendum*, do plebiscito ou mesmo o *recall* onde se coloca no povo o poder de desconstituir os mandatos.

Não se pode olvidar, nesse passo, o respeito às minorias, assegurando-se a estas sua manifestação e participação no processo político, como princípio basilar da democracia.

Se assim legitima-se o exercício do poder, preciso é, como já se assentou supra, que se estabeleça um clima de eficácia quanto ao exercício dos direitos, não apenas os direitos individuais de natureza política mas os direitos sociais.

O respeito a estes direitos e a eficácia de suas garantias somente podem existir numa estrutura política onde se apresenta inquestionável a autonomia do Poder Judiciário. Vale dizer que repousa na independência dos tribunais a garantia de realização da vontade popular plasmada na ordem jurídica estabelecida, bem como a eficácia de todo o elenco dos direitos fundamentais e suas garantias, que não devem jamais ser desrespeitados pelo arbítrio político, posto que a todo ato atentatório, nesse sentido, estarão sempre colocados à disposição dos governados todos os mecanismos assecuratórios dos direitos.

Contudo, a experiência nos tem mostrado que as decisões, no mais das vezes, são tomadas sem a necessária vinculação à vontade dos governados. É que “o governo contemporâneo é cada vez menos um governo de leis, cada vez mais um governo de homens (...) grande parte das obrigações que pesam sobre o homem não resultam da lei (...) provêm de atos ‘com força de lei’ editados pelo Executivo: decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos etc.” (Ferreira Filho, 1980, p. 13)

Talvez o acúmulo cada vez maior da função legiferante no Poder Executivo justifique-se em decorrência das necessidades prementes da atividade estatal acompanhar o desenvolvimento por que passa o mundo moderno, e daí o ceticismo de alguns autores quando se debruçam na análise sobre o futuro do Estado. Shils³, entre cinco espécies de sistemas políticos que apresenta, fundamentando-se na experiência dos Estados modernos do pós-guerra, é completamente descrente, e nenhuma de suas opções (democracias políticas, democracias tuteladas, oligarquias modernizantes, oligarquias totalitárias e oligarquias tradicionais) se coadunam com a concepção do Estado de Direito.

Ainda no tocante à questão, Dallari (1980, p. 164) afirma que “a racionalização objetiva implicando formas autocráticas de governo” é um dos caracteres futuríveis do Estado, mas ao lado disso vê a necessidade de uma “integração crescente do povo nos fins do Estado”. E arremata o ilustre publicista: “Estas duas peculiaridades aparentemente opostas à primeira vista, deverão ser conjugadas para a obtenção de um novo equilíbrio interno”.

Sem dúvida alguma este equilíbrio só se obtém quando, a par de todo o progresso científico e tecnológico, que inevitavelmente exige celeridade nas tomadas de decisão, levando cada vez mais a um racionalismo centralizado do poder, o Estado possibilita a existência de condições de igualdade; não de igualdade formal, mas de igualdade pragmática, alcançada quando o interesse propulsor da atividade estatal está voltado para o povo e não para a satisfação dos interesses de grupos dominantes. O poder deixa de ser um fim para ser um meio, um instrumento para consecução daquele fim.

Nesse desdobramento, é correto afirmar que no paradigma democrático a dimensão dos direitos fundamentais se volta para satisfação da igualdade material, que implica a liberdade real, mercê da vivência não apenas da liberdade, da igualdade, mas de igual forma, da fraternidade como direito de terceira geração, aliás, nunca plenificado, conquanto alardeado desde a Revolução Francesa. Sob o manto da fraternidade, esse novo paradigma aponta para o direito ao desenvolvimento, à paz e à própria democracia, que, em conjunto, dirige-se para a satisfação de um básico direito fundamental: a felicidade, como, aliás, aponta Bobbio. (2000, p. 11)

Para a vivência dos direitos humanos sob tal contextura, Canotilho (1992, p. 509) expõe o pensamento de Alexy voltado para uma fundamentabilidade à guisa de imprimir especial dignidade de proteção aos direitos num sentido formal e num sentido material. Sob o manto desta perspectiva, tendo como pano de fundo as idéias de Alexy no balizamento vazado por Canotilho, procede-se, a partir de agora, ao exame da fundamentabilidade dos direitos humanos no paradigma democrático, com atenção voltada para imprimir-lhes mais que dignidade, um razoável grau de eficácia.

3.3.1 Fundamentabilidade formal dos direitos humanos no paradigma do Estado de Direito democrático

A questão que agora comporta resposta neste estudo é saber como no Estado democrático os direitos humanos encontram-se reconhecidos. Em outras palavras, investigar a fundamentabilidade formal dos direitos humanos. Essa fundamentabilidade está associada à constitucionalização dos direitos. Com efeito, já se registrou neste trabalho, e convém repetir, que a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe no art. 16 que “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. A idéia, desde o influxo do liberalismo até os nossos dias, ainda é a mesma: se os direitos estiverem solenemente reconhecidos serão observados, o que não se mostra inteiramente verdadeiro, tal como adiante se verá quando se enfrentar a fundamentabilidade material, e a análise se voltar para a eficácia dos direitos fundamentais. Por ora, no entanto, o exame da questão ficará reduzido a enfrentar a constitucionalização dos direitos humanos.

Pode-se perceber, com efeito, que desde 1789, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão precisava o alcance das matérias que uma Constituição deve comportar. Ao lado das normas que criam, organizam, estruturam e estabelecem a competência dos órgãos que vão exercer o poder, têm-se as normas garantidoras de direitos. Convém verificar que até mesmo em face da redação do art. 16 daquela declaração, os direitos humanos estariam sendo garantidos pela Constituição, o que leva à correta idéia de que eles precedem, porque inerentes e essenciais à natureza humana, de modo que uma Constituição jamais poderia estabelecer tais direitos, senão apenas reconhecer, garantir, assegurá-los.

Não obstante, registra Silva (1968, p. 74, nota de rodapé):

Houve, certamente, extravagâncias relativamente à inserção de certas disposições em documentos constitucionais formais, como a do art. 1º da Lei francesa 18 floreal, ano II, que dispunha: “*le peuple français reconnaît l’existence de l’Être suprême et l’imortalité de l’âme*”; tal regra não poderia ter mais eficácia que de mera crença não impositiva ao povo. Mesmo assim

há que reconhecer nela efeitos jurídicos: vedação ao ateísmo e materialismo manifesto; vedação à liberdade de crença.

Veja-se a pretensão do Estado. Realmente apenas a manifestação de ateísmo ou de materialismo é que poderia ser inibida pela norma, porém jamais teria a indigitada norma o condão de fazer qualquer cidadão francês acreditar na existência de um ente supremo e imortalidade da alma.

De qualquer sorte, de uma forma ou de outra, isto é, seja garantindo ou mesmo estabelecendo, o fato é que as Constituições apresentam um elenco de direitos que estariam assegurados ao indivíduo isoladamente considerado e ao indivíduo considerado em relação aos outros (direitos sociais), além de aflorarem nas últimas décadas do século passado com uma preocupação com os direitos voltados para assegurar uma vida fraterna e feliz como o direito à paz, ao desenvolvimento e à própria democracia.

Considerados, nessa conformidade, matéria de Constituição, decorre, desde aí, a primeira dimensão da fundamentabilidade formal dos direitos humanos porquanto as normas que deles tratam, na condição de normas fundamentais do sistema jurídico, situam-se em grau superior na hierarquia das normas.

Em corolário, tem-se que as normas definidoras de direitos fundamentais encontram-se submetidas ao procedimento formal estabelecido para a reforma e constituem limitação material para o exercício desse poder. Com relação a essa dimensão da fundamentabilidade dos direitos humanos quer-se dizer que seu elenco estabelecido pela Carta não comporta redução, e a alteração do quadro normativo para ampliar submete-se aos requisitos formais para reforma constitucional. Essa linha de raciocínio vem recebendo forte oposição doutrinária em defesa de modificações constitucionais restritivas de direito. Tem-se defendido, com efeito, até mesmo que não se pode admitir a invocação de direito adquirido em face da Constituição. E assiste-se no cenário político brasileiro e internacional à luta dos cidadãos em defesa dos direitos, ao longo do tempo conquistados, insistindo na vedação de retrocesso, ao passo que governos, sequiosos de resultados e eficiência, de outro lado, irrompem uma política de redução sem precedentes dos direitos historicamente incorporados ao patrimônio social se dizendo fundados no princípio da solidariedade social e na cláusula da reserva do possível inerente ao pacto político. Essa questão, que comporta desdobramentos tamanhos, quer no campo jurídico, quer no campo político, não se constitui, todavia, objeto desta monografia.

Por último, a fundamentabilidade formal das normas consagradoras de direitos humanos aponta para a circunstância de que tais normas estabelecem vinculabilidade imediata aos órgãos que vão exercer o Poder Público, constituindo substrato material e parâmetros a serem observados pelos agentes do Estado no

momento da opção política, da tomada de decisão e nas ações e controles a cargos dos órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais. É dizer, na ação dos agentes estatais devem estar preservados os direitos consagrados. Não é por outra razão que as normas definidoras de direitos gozam de aplicabilidade imediata, impondo-se, desde aí, a sua integral observância e expungindo comportamentos, ainda que omissivos ou negligentes da parte dos agentes do Estado. A Constituição da República Portuguesa, com extremado acerto, foi mais além para estabelecer esta vinculação também em relação às entidades privadas. Com efeito, dispõe o art. 18, § 1º, que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Já a Carta brasileira, na esteira de sua congênere, proclama que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º), sem fazer distinção alguma em relação à vinculabilidade de agentes ao preceito. Não há dúvida de que seu comando emergente atinge tanto os agentes públicos quanto as entidades privadas. A Constituição da República Federal da Alemanha estabelece igualmente que “Os direitos fundamentais a seguir discriminados vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como preceitos directamente aplicáveis” (art. 1º, § 3º). E normas sempre neste sentido podem ser observadas em tantas outras Constituições. Não poderia ser de outra forma.

Atento a este aspecto, Barroso (1996, p. 117 e 157), preocupado com a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, considerando a opinião doutrinária dominante de que tais normas são de natureza programática, voltadas para estabelecer fins, objetivos a serem alcançados pelo Estado, e que, por isso, são de aplicabilidade mediata e eficácia limitada, não se encontrando aptas para produzirem efeitos jurídicos sem o desdobramento a cargo da legislação infraconstitucional tal qual defende Silva (1968, p. 149), sustenta que tais normas irradiam efeito vinculante perante os agentes do Estado, impondo, no mínimo, uma abstenção diante da finalidade eleita, impedindo, assim, condutas tendentes a contrariá-las. A esse efeito das normas programáticas, decorrente, sem dúvida, da vinculabilidade de seu preceito à guisa de viabilizar a fundamentabilidade dos direitos humanos na dimensão da igualdade e da fraternidade, o referido autor denomina “eficácia negativa”, na medida em que impõe abstenções e proíbe condutas positivas tendentes a arrostar a finalidade consagrada na norma. Por isso mesmo, essa eficácia negativa que a vinculabilidade irradia também tem sido reconhecida como “efeito paralisante de normas programáticas”. Trocando em miúdos, como sempre lembra Barroso, seria em nome da materialização do adágio popular “se não puder ajudar, que não prejudique” que se poderia divisar atos inconstitucionais diante de preceitos constitucionais programáticos.

3.3.2 Fundamentabilidade material dos direitos humanos no paradigma do Estado de Direito democrático

Canotilho (1992, p. 509-510) prossegue sua análise sobre a teoria dos direitos humanos, na linha do pensamento de Alexy, apontando uma fundamentabilidade material:

Significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima facie*, a fundamentabilidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentabilidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentabilização pode não estar associada à Constituição escrita e à idéia de fundamentabilidade formal como demonstra a tradição inglesa das *Common-Low Libertaties*. Por outro lado, só a idéia de fundamentabilidade material pode fornecer suporte para : (1) abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente fundamentais mas não formalmente (cfr. CRP, art. 16/1º); (2) a aplicação, a estes direitos só materialmente constitucionais, de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentabilidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não-tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe <norma com *fattispecie* aberta> (Baldassare) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente* consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.

Deveras, numa análise apressada poder-se-ia chegar à conclusão de que o cerne da fundamentabilidade material dos direitos humanos já estaria contido dentro da própria fundamentabilidade formal. A essa conclusão chegará o exegeta que admitir que toda norma materialmente constitucional é necessariamente formalmente constitucional, o que revela um equívoco. De efeito, toda norma insculpida numa Constituição passou pelo crivo de um poder constituinte – seja democrático (assembléia constituinte), seja autocrático, quando a Constituição foi elaborada a contadas mãos, senão pelas mãos exclusivas de um ditador – ainda que este poder constituinte seja o derivado, e a norma adjuntada ao texto original o foi pelas mãos do poder de reforma legitimamente exercitado dentro dos limites traçados no próprio Texto.

Todavia, uma Constituição não se resume ao documento escrito. Pode-se divisar, com efeito, normas constitucionais que não obstante não se encontrarem expressas no Texto, integram a Constituição de um Estado. A idéia, é bem de ver, não é nova. Lassalle (1988, p. 19), no final do século XIX, já apontava para a existência de uma Constituição material, sociológica, que se identificava com

os “fatores reais do poder” em oposição à Constituição escrita identificada como uma folha de papel.

Na verdade, cogita-se até mesmo de normas estruturantes, como o são as normas consagradoras de direitos fundamentais, que não constam expressamente do texto de uma Constituição, o que conduziria à afirmação de que há normas materialmente constitucionais que não são formalmente constitucionais.

Esta concepção parte do pressuposto de que a Constituição deve ser entendida como um sistema aberto de princípios. E para entender a Constituição dessa forma é pressuposto que se considere o Direito como um sistema aberto, jamais fechado. Quer-se dizer, em outras palavras, que não se reduza o Direito apenas às normas expressas.

3.4. O Direito como um sistema aberto. *Alopoiese* jurídica para ensejar uma compreensão aberta do âmbito das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais

A tradicional idéia de reduzir o Direito à norma expressa ainda goza de foros de exclusividade dentre os cientistas do Direito. Poucos se aventuram a admitir a ordem de raciocínio ora deduzida, não obstante a expansão do pensamento seja crescente. Sobota (1995, p. 251) divisa este fenômeno quando registra que “A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o Direito é um sistema constituído de normas explícitas Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX”

Por esse caminho, o Direito fica reduzido a um sistema fechado com a pretensão de dispor sobre as condutas humanas por meio de um ordenamento hermético, auto-suficiente e autoprodutivo.

Porém, o fenômeno jurídico pode ser enfrentado sob outro prisma. Desta feita, relacionando-o a outros sistemas como o social, o político e o econômico, numa relação de heterorreferência. Maia (1999, p. 42-44) faz ver que este veio partiu da teoria biológica da *autopoiesis*, criada pelos biólogos Maturana e Varela e implantada nas ciências sociais por Niklas Luhmann:

Os chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela buscaram, através da teoria da *autopoiesis*, resolver uma das questões que mais intrigam o ser humano desde tempos imemoriais: a da vida. Como determinar que certo sistema biológico possa ser considerado um sistema vivo? O que caracteriza um sistema vivo, independentemente das contingências de tempo e espaço que o meio circundante oferece? (*Antunes in Teuber*, 1993, II-III) Para solucionar esse complexo e gigantesco impasse, tais cientistas biológicos propuseram a seguinte idéia: o que caracteriza um sistema vivo – animal ou vegetal – é a sua autonomia, ou seja, cada sistema vivo possuiria uma forma de produção

própria, fechada, circular e auto-referencial de constituir as relações dos elementos que compõem aquele sistema.

A auto-referência biológica estaria no fato de que a interação entre os próprios elementos componentes do sistema é o que caracterizaria a sua própria ordem interna. Não haveria, por conseguinte, elementos externos que pudessem influenciar de maneira direta aquele sistema, pois os seus próprios componentes já bastam *de per se* para que as relações, sempre sistemáticas, se dêem de uma maneira a diferenciar aquele sistema, agora dito “vivo”, dos demais que lhe são distintos. Tal afirmativa é defendida com tal veemência que os autores defendem que a autopoiese é, em síntese, a “condição última, necessária e suficiente, para a própria vida” (Maturana e Varela, 1981: XVII). Essa ordem, além de auto-referente, é também auto-reprodutiva, pois os elementos dos sistemas vivos são produzidos pelo próprio mecanismo autopoietico de relações.

O organismo vivo também seria dotado, como um corolário da idéia da autopoiese, de uma clausura organizacional (*organizational closure*), que consistiria na auto-observação sistemática, pois os elementos desse sistema se referem sempre a si mesmos, como um grande conjunto de relações internas, e não aos meios circundantes. Todavia, essa idéia de clausura organizacional traz à luz um posicionamento epistemológico interessante: a afirmativa de que as observações efetuadas pelos organismos vivos ao mundo exterior não passam, na verdade, de uma observação de si próprios, pois a clausura pressupõe a observância de relação entre observador-observado, visto que o observado seria a visão obtida pelo observador da realidade que o cerca. Logo, o observador não pode realmente explicar o objeto observado, mas tão-somente obter a sua impressão de como o objeto observado lhe parece. Seriam descrições que o próprio observador faria, não conseguindo perceber a essência ontológica do observado (Maturana e Varela, 1981:39). Em síntese, pode-se dizer que a teoria da autopoiese se resume a três fatores que são característicos desses sistemas: são fechados, circulares e auto-referentes, como já explicado acima.

A autopoiese do sistema biológico deu origem a uma verdadeira avalanche de estudos nas mais diversas áreas do conhecimento. Essa interdisciplinariedade também atingiu a Sociologia e o Direito, com várias formas de teorização.

Sob o prisma deste entendimento, o fundamento do Direito estaria nele próprio, e o fenômeno jurídico com a experiência jurídica a ele inerente, ocorreria num sistema fechado, autoproductivo e auto-referente. A visão oposta coloca o Direito num sistema aberto, inter ou heterorreferencial (*alopoiese*), no qual onde até mesmo sua legitimidade encontraria espaço também em elementos externos, circundantes, ou como se queira, nos sistemas político, social e econômico e não apenas no próprio Direito. Por esse caminho busca-se trazer o Direito dogmático para um contato aberto com a vida e a experiência jurídica se completa com elementos externos trazidos de outros sistemas, que em completude vão imprimir o

passo para compreensão do fenômeno jurídico que não deixa de ter como referência primeira a norma, mas não apenas ela.

Para encetar melhor a compreensão do tema, toma-se a liberdade de remeter a teoria da autopoiese à Química. Tome-se por exemplo um composto químico simples: a água. Ora, em laboratório, para se obter água bastará que se junte dois átomos de hidrogênio na presença de um átomo de oxigênio ($2H + O = H_2O$) não é preciso nenhum elemento externo. É dizer, o sistema se autoproduz. Coisa diversa se tem quando para produção de um composto químico a presença dos elementos, *per si*, não se avulta suficiente para tanto porque o sistema não é autoproductivo, necessitando, desde aí, de um elemento externo chamado naquela ciência de reagente. Assim, quando a polícia se utiliza de bafômetro para verificar o nível de álcool em um indivíduo, é preciso um reagente, o dicromato de potássio ($K_2Cr_2O_7$), sem o qual não ocorre oxidação orgânica, que indica a existência de etanol no organismo. A experiência química, na hipótese, processou-se por meio de heterointerferência, mercê da qual se trouxe um elemento externo, sem o qual o resultado não seria alcançado, revelando tratar-se de um sistema não autoproductivo, portanto, *alopoiese*, de *al*, *állos*: do grego, elemento de composição significando “outro”, “um outro” ou “diferente” e *poíesis*: do grego, elemento de composição significando “formação”, “criação”, segundo Ferreira A., (1986, p. 90 e 1.352).

Impende, agora, que se proceda a um desdobramento do tema a fim de bem posicioná-lo no âmbito do Direito Constitucional, ao escopo de compreender a Constituição como um sistema aberto.

Pois bem. Quem ainda não rompeu o paradigma liberal-legal do Estado, quando indagado se o Direito Penal constitui um sistema aberto ou fechado, não hesitará um só instante em responder que o Direito Penal é um sistema fechado, ou como se queira, autopoietico, porque na definição dos tipos penais ou os elementos normativos se encontram presentes ou não existe o tipo, porque naquele campo do Direito se diz que vigora o princípio da estrita legalidade (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Ou a tipologia se diz presente, delineando, gizando a conduta típica ou o espaço é de liberdade. Ora, não se pode olvidar, todavia, que até mesmo no Direito Penal, onde estão em causa valores maiores da essencialidade humana como a vida, a liberdade e a integridade física e moral, existem normas que conduzem, isto sim, a uma experiência jurídica pelo campo da *alopoiese*. De fato, que dizer das conhecidas normas penais em branco? Como pode o cientista do Direito aplicar a norma penal em branco sem se valer de elementos externos a ela? Aonde estão, por exemplo, as doenças cuja notificação é compulsória a fim de ensejar a tipicidade prevista no art. 269 do CP? Quais as mercadorias cuja internação ou exportação são defesas e quais as alíquotas de imposto devidas a ponto de

se poder configurar os crimes de contrabando e descaminho na forma do art. 334 do CP? Em ambas as hipóteses, a heterorreferência aponta para outras normas, que se não existirem, não haverá como aplicar o referido dispositivo.

Porém, às vezes, o elemento externo à norma, para ensejar sua eficácia, não se encontra em outra norma. Para alcançá-lo, o intérprete terá que se socorrer dos sistemas social, econômico ou político. Que dizer, por exemplo, da qualificadora do homicídio prevista no art. 121, § 2º, III, do CP? Por ali, vê-se que se o homicídio é cometido “com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura *ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*” poderá ter a pena exacerbada. Não há no sistema jurídico brasileiro nenhuma norma que estabeleça quais os outros meios insidiosos ou cruéis ou quais as situações que possam resultar perigo comum a ponto de qualificar o homicídio. O sistema jurídico não se autoproduz! Que dizer, ainda, do tipo previsto no art. 219 do CP: “Raptar *mulher honesta*, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso....” O que é ou deve se entender pela expressão etimológica *mulher honesta*?!! Qual ou quais os paradigmas de que se valerá o cientista do Direito para imprimir eficácia ao dispositivo? Aqui, sem dúvida, haverá elementos externos que vão influenciar de maneira direta no sistema, pois os seus próprios componentes não bastam *de per se* para ensejar o seu processamento a ponto de produzir efeitos.

Acredita-se que, a essa altura, já se possa compreender e aceitar que Direito não é exclusivamente norma! Que está correta a visão de João Maurício Adodato na esteira do pensamento de Niklas Luhmann, muito bem dissecada por Maia (1999, p. 55), quando entende que é preciso bem caracterizar procedimentos extradogmáticos voltados para estabelecer na realidade a estrutura do Estado.

A caracterização de tais procedimentos extradogmáticos revelará o conteúdo alopoiético do Direito e colocará o seu cientista diante de duas grandes funções: 1ª) dividir o Direito como um sistema aberto que se integra com elementos inter-referenciais provenientes dos sistemas social, econômico e político; e 2ª) expungir desta abertura os procedimentos extradogmáticos ou elementos inter-referenciais nocivos porque não legitimadores do Direito, não se encontram voltados para a plenificação e a eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A partir desse ponto, pode-se, com efeito, verificar como se processa a fundamentabilidade material dos direitos humanos, que, juntamente com “uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente* consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional” (Canotilho, 1992, p. 510).

3.5. A Constituição aberta e a consagração dos direitos fundamentais

O conjunto das idéias expostas apontam para que se considere a Constituição

como um sistema aberto. É dizer: as normas constitucionais não são apenas as explícitas. Há de se admitir a existência de normas constitucionais não explícitas, isto é, não formalmente constitucionais, conquanto possam ser materialmente constitucionais.

Nessa ordem, as Constituições das últimas décadas do século passado começaram a ampliar o elenco dos direitos fundamentais, antes reduzidos ao formalmente expresso no texto, para admitir como integrantes do sistema constitucional aqueles provenientes de normas de Direito Internacional. A expansão deste fenômeno tem sido conhecida como a internacionalização do Direito Constitucional. De fato, não faltam nas Constituições modernas referências a normas de Direito Internacional como os tratados e os princípios.

A recepção das normas internacionais consagradoras de direitos humanos, todavia, não tem obtido da doutrina e jurisprudência brasileiras um tratamento voltado para assegurar a fundamentabilidade material de tais direitos. Basta perceber o dissenso doutrinário acerca do alcance do preceito vazado nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição.

Equacionando a matéria, impende conferir que o § 2º do art. 5º da Constituição brasileira estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Significa dizer, desde aí, que se o Brasil celebra um tratado, vale dizer, é parte de um tratado que verse sobre direitos humanos e que amplie o rol dos direitos estabelecidos na Carta, esse tratado se incorporaria ao sistema jurídico pátrio como norma materialmente constitucional, porque definidora de direitos. A incorporação desse tratado, de sua parte, em razão do mandamento vazado no § 1º do mesmo artigo, independeria dos procedimentos estabelecidos para a introdução do tratado, como norma de Direito Internacional, no plano interno. É que, confira-se, pelo disposto nesse último comando normativo, “as normas definidoras de direito fundamental têm aplicação imediata”.

Assim, concluída a celebração do tratado e o Brasil sendo nele parte, não haveria de cogitar de ratificação pelo Congresso Nacional, nem promulgação pelo presidente da República, porque a recepção da norma de Direito Internacional decorreria do comando emergente do § 2º do art. 5º, e sua aplicabilidade se daria de forma imediata, sem, como se afirmou, a exigência do procedimento voltado para imprimir fundamento de validade interna aos tratados, tal qual adotado pela Carta na dicção do art. 49, I, que agasalha a doutrina dualista, não admitindo que a norma de Direito Internacional possa ser aplicada internamente com o mesmo fundamento de validade do Direito Internacional, necessitando-se, desde aí, da

manifestação política do Estado para que o tratado possa ter validade em seu território.

Convém perceber que a norma vazada no § 1º do art. 5º encontra-se guarnecida pelo matiz Kelseniano da doutrina monista com primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno, o que permite a aplicabilidade direta e imediata do tratado.

Esta ordem de idéias, que tem como pressuposto filosófico a *alopoiese* constitucional, para admitir a integração da Constituição com os tratados que versem sobre direitos humanos, que seriam dotados de eficácia desde sua celebração, como já se assentou, ainda não goza de foro mais amplo na doutrina brasileira, muito menos na jurisprudência, mas, sem dúvida, avulta-se o caminho apropriado para imprimir fundamentabilidade aos direitos humanos proclamados em tratados celebrados pelo Estado brasileiro. Vozes neste sentido, não obstante, já se levantam, sendo certo que o dissenso volta-se mais para o campo da aplicabilidade imediata, já se admitindo, em maior escala, a incorporação dos direitos previstos em tratados como normas constitucionais⁴.

A despeito da boa indicação doutrinária, na Suprema Corte a matéria obteve direcionamento pela vertente oposta. Com efeito, mais de uma vez o STF enfrentou o problema da aplicação de tratado de direitos humanos em face do Direito interno. Numa destas oportunidades, o debate foi suscitado quando se deparou com a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que impingiu tutela contra a despedida arbitrária. Note-se que este tratado foi celebrado e incorporado pelo Estado brasileiro. Todavia, sob, entre outros fundamentos, que a estabilidade no emprego depende de lei complementar, nos termos do art. 7º, I, da Carta, o STF não admitiu que um tratado pudesse ser incorporado como lei complementar, quando, segundo a Suprema Corte, tradicionalmente, no sistema jurídico brasileiro, os tratados são incorporados como lei ordinária (ADI 1.480 MC/DF). Note-se que neste julgamento foi impressa uma densidade normativa ao art. 7º, I, que lhe deferiu maior relevância em detrimento do comando emergente do art. 5º, § 2º, da Carta. Posições contrárias, todavia, expendem-se dos votos vencidos dos Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, sob vários fundamentos, inclusive sob a perspectiva do monismo internacionalista e da possibilidade da Convenção 158 da OIT encontrar-se incorporada como lei complementar.

A posição do STF pode ainda ser divisada quando enfrentou a prisão civil de depositário infiel em face do Pacto de São José da Costa Rica. Aqui, em várias oportunidades, sustentou a Suprema Corte que tratado somente pode ser incorporado como lei ordinária, permitindo a conclusão de que o art. 7º, inciso 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao estabelecer a possibilidade de

apenas uma hipótese de prisão civil – aquela do devedor de prestação alimentícia – não se encontra recepcionado em face de a Constituição prescrever prisão civil para o devedor de prestação alimentícia e para o depositário infiel (art. 5º, LXVII). Admitir-se a recepção, em respeito ao § 2º do art. 5º, implicaria, nesta hipótese, anuir que aquele tratado possuiria o condão de derrogar o preceito constitucional do art. 5º, LXVII. E isso, segundo a Suprema Corte, avulta-se inadmissível, porque “Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, inciso 7, do Pacto de São José da Costa Rica (“ninguém deve ser detido por dívida”: “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.” (excerto da ementa do HC 73.044/SP, de relatoria do Min. Maurício Corrêa).

Em razão da motivação deduzida pela Suprema Corte, uma indagação se impõe: estaria, na hipótese, o compromisso assumido pelo Estado brasileiro em tratado internacional de que é parte, minimizando o conceito de soberania do Estado-povo? A resposta, com a devida vênia, é negativa. O raciocínio é exatamente o contrário.

Ora, é postulado das sociedades políticas democráticas o de que “todo poder emana do povo”. Diferentemente não o é no Estado brasileiro, onde sua Carta Política faz vazar expressamente este preceito (art. 1º, parágrafo único). Na verdade, está-se diante de preceito que num Estado de Direito democrático não precisa sequer estar insculpido de forma explícita, porque se trata de norma de natureza supraconstitucional, que ao lado das normas consagradoras de direitos humanos, situam-se no âmbito do que está se convencionando chamar no Direito Internacional de *ius cogens*, ou seja, trata-se de preceitos erigidos em defesa da proteção da dignidade da pessoa humana que, em razão de sua essencialidade para a existência digna, teriam o condão de se erigir com caráter *erga omnes* e pautariam, ainda que em caráter extradogmático, as ações do Estado, estabelecendo atitude mais vinculativa do que dispositiva da parte deste em relação à satisfação de seus conteúdos.

Permite-se concluir, desde aí, que até o exercício do poder constituinte originário encontraria limitação nas normas supraconstitucionais de caráter *ius cogens*. Como corolário, não há como não admitir que a vontade soberana do povo brasileiro está vazada na Constituição, no sentido de admitir que os tratados que tratem de direitos humanos estão incorporados ao sistema jurídico pátrio como norma de natureza constitucional (art. 5º, § 2º) e, diga-se de passagem, não como qualquer norma de natureza constitucional, senão como norma materialmente constitucio-

nal, o que traz reflexos em relação à fundamentabilidade formal de tamanha importância como neste trabalho já enfrentados.

Se assim, como corolário, é forçoso admitir-se que o art. 7º, inciso 7, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, está recepcionado no sistema jurídico brasileiro como norma constitucional, por força do comando emergente do art. 5º, § 2º, da Carta, em satisfação da vontade da soberania popular, expressada em assembléia constituinte. E em decorrência, autoriza-se concluir que a nova norma constitucional derogou a norma constitucional anterior, ou seja: aquele dispositivo do tratado revogou parcialmente o inciso LXVII do art. 5º da Constituição, de modo a ter-se como certo que no Estado brasileiro existe, agora, apenas uma espécie de prisão civil por dívida: a do devedor de prestação alimentícia pelo inadimplemento voluntário e inescusável.

Vê-se, sob tal contextura, que o viés para solucionar a questão não se encontra no fundamento da soberania, que no entender da Suprema Corte não pode ser minimizado. Divisa-se, ao contrário, que a soberania resta fortalecida ao se imprimir eficácia ao dispositivo constitucional, cujo conteúdo expressa a vontade popular soberana. Essa interpretação, convém notar, além de satisfazer o fundamento da soberania (art. 1º, I, e parágrafo único), volta-se para igualmente satisfazer outro fundamento de igual ou maior importância – como estou convencido – a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). A propósito, registra Bonavides (2001, p. 233) que:

Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

Parece, com efeito, que só há sentido falar em soberania se o seu exercício voltar-se para imprimir conteúdo material ao fundamento da dignidade da pessoa humana, o que efetivamente só se pode conceber no âmbito de uma Constituição aberta, voltada, como defende Canotilho (1992, p. 510), para a realização plural de todo o sistema constitucional, que possibilite o pleno desenvolvimento do homem.

A posição que está prevalecendo na Suprema Corte redundante por hipertrofiar o conceito de soberania em detrimento da dignidade da pessoa humana e resulta, sem dúvida, de uma visão dogmática que reduz o Direito a normas explícitas. Com isso, fecha-se a Constituição, impedindo que a ação da jurisprudência funcione como mecanismo propulsor de uma expansão do fenômeno da mutação

constitucional, significando a alteração da Constituição sem a atuação do poder constituinte derivado. É por desconsiderar essa visão que aqueles que ostentam a posição contrária defendem que a incorporação dos tratados consagradores de direitos humanos necessitariam ser incorporados por emenda constitucional, como, aliás, pode-se ler em votos vencedores nas decisões da Suprema Corte sobre a matéria aqui antes reportada. Essa tendência nefasta de reduzir o direito à norma explícita de fato obriga, da parte dos operadores que a adotam, comportamento da espécie. Assim, quando se deparam com uma hipótese em que a norma não se encaixa tal qual a mão à luva, ou ainda quando a luva apertada, pior ainda, quando não há luva – quer-se dizer, quando não há moldura normativa – sentem uma dificuldade tamanha de trabalhar cientificamente o Direito, de decidir, no caso dos magistrados, e outra não é a opção senão conduzir a questão para o caminho da legalidade formal, fugindo da *alopoiесе* jurídica e daí as proposições *de lege ferenda*, ainda que *de lege ferenda constitucionalis*, como pretende o STF.

Para arrematar, observe-se que a opção da Suprema Corte pelo veio da formalidade dogmática em defesa da soberania, em descompasso, também, com a tendência globalizante, que torna cada vez mais o homem sujeito de Direito Internacional, redundando por desprestigiar ainda mais a soberania popular que, nos termos do art. 4º, II, impele a atuação do Estado brasileiro voltada para a prevalência dos direitos humanos.

4. Conclusões

As considerações precedentes permitem as seguintes conclusões:

4.1. Não se define “Estado de Direito” apenas pela via formal, mas sobretudo quando se enfrenta a ordem jurídica estabelecida para verificar sua legitimação e seu conteúdo, que deve estar voltado para a satisfação da dignidade da pessoa humana. Assim, apenas a democracia pode realmente fomentar o ambiente propício para o surgimento do verdadeiro “Estado de Direito”, como registra com ênfase Radbruch (1962, p. 52): “*la democracia es por cierto un valioso bien, el Estado de Derecho es, empero, como el pan cotidiano, el agua que se toma, el aire que se respira y lo mejor de la democracia es que ella es la única apropiada para asegurar el Estado de Derecho*”.

4.2. O autêntico Estado de Direito democrático enseja o ambiente propício para a fundamentabilidade dos direitos humanos em todas as suas dimensões porque, sem desprezar os pressupostos filosóficos do Estado de Direito liberal e do Estado de Direito social, que podem ser resumidos, respectivamente, no binômio liberdade-igualdade, volta a atenção para imprimir conteúdo material aos chamados direitos de terceira geração, aqueles voltados para plenificação do homem

num mundo, numa única palavra, fraterno, condição basilar para o desenvolvimento de todos os aspectos da personalidade, pressuposto do direito à felicidade.

4.3. A esse escopo, a *alopoiese* jurídica aponta o caminho a ser palmilhado à guisa de imprimir fundamentabilidade aos direitos humanos, quando enseja a compreensão do direito como um sistema aberto, inter-referente e heteroprodutivo, permitindo a percepção da “Constituição aberta” a ponto de se considerar a primazia de normas supraconstitucionais que integram o chamado *ius cogens*, entre elas, normas de Direito Internacional (princípios e tratados) voltadas para a consagração dos direitos humanos.

4.4. Sob o auspício deste entendimento pode-se conceber a recepção direta no Direito brasileiro, em nível de norma constitucional, dos tratados que consagram direitos humanos, em decorrência dos preceitos vazados nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, que admitindo a integração inter-referente e heteroprodutiva do sistema constitucional, acolhe essas normas como normas materialmente constitucionais, porque definidoras de Direito, mas não formalmente constitucionais.

4.5. Como corolário, normas constitucionais que tais revogam ou derogam as normas constitucionais anteriores desde que voltadas para satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana, sem que se divise, aí, qualquer menoscabo à soberania do *Estado-povo*; já porque os preceitos vazados naqueles comandos constitucionais expressam a vontade popular que, em suma, é a que deve estar plasmada na opção e decisão jurídico-políticas a fim de que o Direito posto, ainda que positivado e mercê de norma particular como a decisão judicial, seja realmente legítimo e, portanto, democrático; já porque, não se pode olvidar, de acordo com a Constituição, a soberania é tão fundamento do Estado brasileiro quanto a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III), e o exercício daquela qualidade do poder do Estado apenas terá sentido em função da satisfação deste postulado básico da vida.

Notas:

¹ Sobre esse conflito, consultar Gustav Radbruch in *Arbitrariedade legal y Derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-perrot, Coleccion Nueva Teoria, 1962.

² Political Development in the new states *apud* Dalmo de Abreu Dallari in *O Futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980, p. 164.

³ Nesse sentido vale conferir: 1º) Cançado Trindade, Antônio Augusto. *A interação entre o Direito Internacional e o Direito interno na proteção aos Direitos Humanos*, in *A Incorporação das Normas Internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. San Jose de Costa Rica/Brasília: 1996, Ed. Cançado Trindade, p. 205-236; 2º) Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75-120; 3º) Piovesan, Flávia. *Globalização Econômica, Integração Regional e Direitos Humanos*, in Piovesan, Flávia (Coordenadora). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 39-75; 4º) Mello, Celso

D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal, in Torre, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26; 5º) Galindo, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 249-321; e 6º) Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais. Estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 233-325.

Bibliografia:

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2000.

_____. *O Futuro da democracia*. 8ª ed., São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992.

CORREIA, Oscar Dias. *A defesa do Estado de Direito e a emergência constitucional*. Rio de Janeiro: Presença, 1980.

DALLARI, Dalmiro de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. In: *Problemas Brasileiros, Revista Mensal de Cultura*, ano XVII, 189. São Paulo: 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Pinto. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, v. I, 3ª ed., 1975.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1953.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Ed. Albatros, 1973.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

MAIA, Alexandre da. Autopoiese versus prática procedimental: o falso dilema do Poder Judiciário. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife, v. 4, 9, jan./jun. 1999.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Estado de Direito e segurança nacional*. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da OAB. Curitiba: 1978.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedade legal y Derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-perrot, Colección Nueva Teoría, 1962.

SALDANHA, Nelson. *Estado de Direito, liberdades e garantia*. Recife: Ed. UFPE, 1980.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a normal! In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE*, 7, Recife: ed. UFPE, 1995, separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p.45-60, traduzida por João Maurício Adeodato.